20. 255

POR DON CHRISTOVAL DE GUZMAN, Sargento mayor, y Teniēte de Adelantado del Reyno de Murcia, y doña Paula de Guzman, su hija.

EN EL PLEYTO CON LA SEÑORA DOÑA YNES DE GUZMAN.

Impresso en Granada en casa de Martin Fernā dez Zambrano, en la calle del Pan, frontero de San Gil. Año de 1628.

Num. 1. SIguiendo el orden del memorial de los Relatores, se escriuirà sobre solos catorze agrauios delos treynta y dos que tienen deduzidos las partes, onze de la señora doña Ynes, catorze de don Christoual, y siete de la menor, y por agrauio principal, que los abraça a todos, tienen puesto en el ingresso dellos, repitiendolo en muchas partes, el de la nulidad, a que està mandado responda derechamente la parte de la señora doña Ynes, y que don Christoual, y su hija, deduxessen la dicha nulidad por agrauio, y que sobre ella, y lo principal, se siguiesse este pleyto, y asi se començarà por la dicha nulidad. Suponiendo ante todas cosas, que en cumplimiento del auto de reuista, la parte de don Christoual, y de la menor, la deduzen, pretendiendo que se declaren por ningunas las quentas, y particion, hechas por el Doctor Santo Eufemia, y que las partes nombren contadores, y se bueluan a hazer de nueuo, conforme lo dispuesto por la sentencia de reuista, y que se determine sobre los agrauios, para q̃ siruã de la forma que se ha de tener en las dichas quentas, y particion.

Sobre la nulidad.

¶ Nulla est maior in iustitia, quàm nullitas, dixo y fundò Ægidio, a quien sigue y refiere Stephano Gracian. in addit. ad decision. 144. num. 67. mayormente siendo la nulidad por defeto de jurisdiccion, y de citacion, que es insanable, Clement. Pastoralis, de sententia & re iudicat. La que alegan dõ Christoual, y su hija, es con ambas calidades, porque auiendose mandado por las sentencias de reuista, que se hiziessen de nueuo las quentas, y particion de los bienes de doña Ysa-

Nume. 2.

Nume. 3.

bel Angel de Otazo, y de Bernardino de Guzmã el viejo, su marido, de quien nũca se han hecho, como mas largamente se dize por la sentẽcia, en esta manera. *Y mandamos que se haga de nueuo la dicha particion, y en ella se traygan y pongan por bienes comunes y gananciales de los dichos Bernardino de Guzmã, y Doña Ysabel Angela su muger, todos los bienes q̃ quedaron al tiempo de su muerte.* Y deuiendo de acudir a la ciudad de Murcia, donde estan los bienes, y papeles de la herencia, l. vnica, C. vbi de hæred. agi oport. & toto tit. C. vbi de retiotin. agi oport. Morquecho de deuisi. bonor. lib. 1. cap. 3. vbi de diuisione bonorum, agi oporteat, num. 1. & 2. Y alli pedir ante la justicia se hiziesse esta particion, y que las partes nombrassen contadores en la forma ordinaria que se requiere en el juyzio, familiæ erciscundæ, que refiere Aluaro Valasco, in praxi partition. capit. 1. vbi ex numer. 4. agit qualiter partitiones fieri debeant inter cohæredes. Y despues de auer dicho, que vnas se hazen por conuencion de las partes extrajudicialmente, absque authoritate iudicis, dize. *Iuditialiter autem dicuntur fieri, quando scitatis partis, ac ventilato negotio in iuditio, &c.* Et inferius: *Fiunt quoque iuditialiter, per arbitros laudatos à partibus, quia arbitraria redacta sunt ad instar iuditiorum, & ad finiendas lites pertinent, l. 1. de arbitr.* Y pudiera comprouarlo por la l. fundus, 51. ibi: *Per arbitrum familiæ erciscundæ,* l. Mebius, 52. §. arbiter familiæ erciscundæ, ff. famil. erciscund.

Num. 4.

Atropellando todo esto la parte de la señora doña Ynes, hizo vn pedimiento en la Sala, para que se hiziesse la particion en esta Corte, y que la Sala nombrasse de oficio por contador, al Doctor Santo Eufimia. Y auiendo dicho traslado, y Sala, sin citar, ni emplaçar, ni hazer otra alguna diligencia, para que pudiesse venir a noticia de la parte de don Christoual, y de su hija, y de doña

Num. 5.

Iuana

Iuana de Guzman, hermana de la señora doña Ynes, que es vna de los coherederos interessados, hizo lleuar a la sala el pedimiento, y que se entregasse al dicho Doctor, a quien tenia recusado don Christoual, y su hija, y se vido como dixo, Cic. 3. de legat. oculta via, siue in simpulo fecerunt. quod vulgo dicitur, a cencerros atapados: y parece que ay vn decreto, que dize. *Como se pide, y nombrasse al Doctor Santo Eufemia, que haga las dichas quentas, y particion.*

Num. 6. Y en execucion desto, sin citar ni emplaçar a alguno de los coherederos, y sin que lo supieran ni entendieran, hizo en esta ciudad la particion con aceleracion y prisa. Y luego al punto la parte de la señora doña Ynes, para introduzir el juyzio en esta Corte, y ocasionar a los coherederos, a que respondiessen, y darles a entender, que en la particion no les auia hecho agrauio el dicho Doctor, antes la agrauiada era la señora doña Ynes, se dio de su parte peticion, deduziendo onze agrauios contra la dicha particion, que todos

Num. 7. fueron procurados para el dicho efeto: y entonces llegó a noticia de los dichos don Christoual, y doña Paula, y dixeron por vna parte de nulidad, y por otra, q̃ no tenian obligaciō de respōder a la peticiō de agrauios: y la parte de la señora doña Ynes dixo no tener obligacion de responder a la nulidad: y sobre esto cayeron los autos de vista y reuista, en que se mandó, que don Christoual, y su hija, respondiessen a la peticiō de agrauios, y que la señora doña Ynes respondiesse a la dicha nulidad.

Num. 8. La qual no tan solamente lo biene a ser, respeto la falta de jurisdicion, y citacion, que huuo para proueer el dicho auto, sino tambien respeto de todo lo que hizo el dicho Dotor, porque deuiò de citar a la parte de dō Christoual, y su hija, y a doña Iuana de Guzman, hermana de la señora

doña

doña Ynes, que despues salio tambien diziendo de nulidad, y pidiendo se remitiesse la particion a la justicia de Murcia, a los quales debió de notificarles si tenian algunos otros papeles y recaudos que presentar, o que aduertir en la dicha particion en que eran interessados, porque sin embargo que se le cometio llanamente el hazer la particion como juez arbitro, aunque el auto fuera con calidad de que procediera sumariamente de plano, & absq; iuris ordine, no pudiera omitir, como omitiò, la citacion, que es de derecho natural, nā per clausulā illā: summariè, de facto, absq; iuris ordine, & similia, dicitur remissa, & sublata omnis figura, & forma, omnisque ordo à iure ciuili, & positiuo requisitus: non autem â iure naturali, vel gentium, glos. vulg. in clement. sępæ. de verb. sign. & in clem. dispendiossam de iudic. iuncto cap. cum dilecti. de iudic.

Nume. 9.

De que resulta ser notoria la dicha nulidad, por las dichas causas, y porque en ello se contrauino a la sentencia de reuista, que mandò hazer de nueuo la particion, y auerla hecho sin citaciō, y sin guardar la forma que se deue tener en hazer las particiones, es como si nunca se vuiesse fecho, nam idem est nulliter facere, ac si factum nō fuisset, l. 4. §. condemnatū, ff. de re iud. glos. verb. prodesse, in l. 1. §. sciendum, ff. de magistr.

Nume. 10.

Y no se podrà euadir desto la parte de la señora doña Ynes diziendo que antes de las sentēcias de vista y reuista estaua fecha en Murcia la particion por contadores nombrados por las partes, y q̄ vna vez fecha la quenta por contadores en vn pleyto, no se ha de boluer a hazer mas, l. 51 titu. 5. lib. 3. recopilat. ibi: *Y mandamos, que de aqui adelante en ningun pleyto aya mas de vnas quentas que se ayan de hazer por contadores.* Y da la razon con muchos Escobar de ratioc. cap. 41. nu. 1. vt euitetur processus in infinitum. Pero porque parece q̄

la ley del Reyno habla en quentas de administra ciones, pudiera mejor alegar a la l. si filia, 20. §. familiæ ercifcundæ, ff. famil. ærcifc. que es en terminos de particiones, sic: *Familiæ ærcifcunde iuditium, amplius quam semel, agi non potest.*

Nume. 11

A lo qual se responde, que la quenta, y particion de los bienes de Bernardino de Guzman el viejo, nunca se ha hecho, y vino apelado sobre si se auia de hazer, y de auer hecho particion de sola la parte de doña Ysabel Angel, considerando todos los bienes por suyos: de que se agrauiò don Christoual por el mucho perjuyzio que se le seguia al susodicho, y a los demas coherederos, de sacar el tercio y quinto de toda la hazienda, como de bienes de la dicha doña Ysabel Angel su abuela, que hizo la mejora de tercio y quinto, y assi se reuocò la particion, y se declaro por bienes hereditarios, y de la dote de doña Ysabel Angel el lugar de Fortuna, y por capital de Bernardino Guzman vn censo, y otros bienes, y todos los demas se declararon por gananciales, y se mandô hazer la particion de nueuo, y no se ha cumplido con la sentencia de reuista, ni se cumple sino se boluiesse a hazer desde su principio con apreciadores y contadores, exhibiẽdo inuentarios y los papeles que sean necessarios para el capital de Bernardino de Guzman, y para hazer cuerpo de bienes, bajar, y liquidar, y hazer toda la dicha particion como si jamas se vuiesse fecho, porque esto es hazer de nueuo, y lo que hizo el Dotor, fue solo reformar la particion antigua, que era de solo vn caudal, y hazienda sin citar, ni oyr a los coherederos interessados, ni guardar la forma y el orden que se deue tener, y obseruar en hazer vna particion de nueuo

Nume. 12.

Lo qual no fue auerla hecho de nueuo, aliud est enim reficere, longe aliud de nouo facere, l. 3. §. reficere, ff. de itinere act. que priuat. & est

in

in argumẽto optimus textus in l.1.§.si quis ædifitium vetus fulciat, an opus nouum nuntiare ei posſimus, videamus, & magis est ne posſimus, hic enim nõ opus nouum facit, sed veteri substinendo remedium adhibet,ff.de nob. oper.nunt. glos. verbo, noui. in fin. ex l.1.ff. quod quisque iur.

Y la ley Real, no hablò en este caso, sino quando las quentas por contadores estẽ hechas en el pleyto, y aqui nunca se an hecho las de la hazienda de Bernardino de Guzman, ni aun las de la hazienda de su muger, que se debiô de hazer,considerando los caudales de ambos en compañia coniugal,que es la causa,que mouio a mandar se hiziesse de nueuo. Nume. 13.

Mas se podra dezir tambiẽ:que la ley del Rey no hablô en caso de que las quentas se ayan hecho entera,y legitimamente, porque si no estan en el pleyto hechas legitima y cumplidamente, no se reputan por quentas, y se deben mandar hazer de nueuo,Ioan. Andr. in cap. vnic. de cleric. egrot. in 6. num. 3. ibi: *Qui semel rationem reddit super ijsdem amplius illam reddere non tenetur*: *quod ipse Ioan. Monachus, dixit verum esse, vbi plene reddit, prout debuit, ff. de cond. & demonstra. cum seruus.* Nam paria sunt aliquid non esse, vel esse implete, & minus legitime, insti. in princ. de hered. quæ ab intest. de ser. l. quoties, qui satisd. cog. Nume. 14.

Y menos obsta el §. familię. de la l. filia, a q̃ se respõde lo mismo, y porq̃ despues de auer dicho q̃ no se puede tratar del juyzio de la particiõ mas de vna vez, se limita el mismo §. ibi: *nisi causa cognita*. Segun eneste pleyto, q̃ con justa causa, y con conocimiento della, los señores juezes mandaron se hiziesse de nueuo, que es lo que se deue mandar guardar y cumplir, reuocando, y enmendando en quanto a esto la sentencia de vista, porque en otra manera sera contrauenir a la cosa juzgada. Nume. 15.

Agrauio

Agrauio quinto de la ſeñora doña Ynes.

Num.16. LA dicha ſentencia de viſta, en quanto manda pagar a la ſeñora doña Ynes 800. ducados, y que ſe le hagan buenos de la legitima de Gaſpar de Guzman, viene a hazer que el agrauio que pretendia la ſeñora doña Ynes, lo ſea derechamente de dō Chriſtoual, y de los demas ſuceſſores, y llamados a el vinculo que fundò Gaſpar de Guzmā, porque a ſu pretenſion le obſtā dos excepciones inexpugnables.

Nume 17. La vna es de coſa juzgada, porque auiendo pedido la parte de la ſeñora doña Ynes, que en virtud de la eſcritura de tranſaccion, y ceſsion que en ſu fauor otorgò don Franciſco de Guzman, hijo natural de Gaſpar de Guzman, y primer llamado al dicho ſu vinculo, ſe le mandaſſen dar y adjudicar todos los 5U800. ducados enteramente de ſu legitima, en que fue condenada doña Yſabel Angel ſu madre, como principal, y Bernardino de Guzman el moço, como ſu fiador: dō Chriſtoual de Guzman lo contradixo, pretendiendo, que ſe le auiā de adjudicar todos, como a poſſeedor del dicho vinculo y ſuceſſor en el, por muerte de don Franciſco. y ſalio ſentencia de viſta y reuiſta, en que ſe mandaron adjudicar a la ſeñora doña Ynes los tres mil ducados de los dichos cinco mil y ochocientos, ſegun mas cumplidamente conſta del memorial, fol.17. al fin, & fol. 18. al principio. Y aora deſpues deſto pide los 800. ducados, y ſe agrauia de que no ſe los adjudicaſſe el Dotor, en virtud de la dicha eſcritura. de que reſulta obſtarle la excepcion de coſa juzgada, l. *Si quis cum totum petijſſet, partem petat, exceptio rei iudicatæ nocet, nam pars in toto eſt: eadem enim res accipitur*

pitur; & si pars petatur eius, quod totum petitum est, nec inter est, vtrum in corpore hoc quæratur, an in quantitate, vel in iure, ff. de except. rei iud.

Num. 18.

Para la otra excepcion solo se aduierte, que doña Ysabel Angel, Madre de Gaspar de Guzman, para casarlo se obligò de darle cinco mil ducados, y que mientras no se los entregasse, le pagaria los interesses, y dio por fiador a Bernardino de Guzman el moço, y Gaspar de Guzman sacô executoria, en que por sentencias de vista y reuista, fueron condenados en los dichos cinco mil ducados, y 800. de los interesses. Y teniendo en su fauor Gaspar de Guzman, la dicha executoria, fundó el dicho vinculo y mayorazgo sobre la cantidad de la dicha executoria, y lo demas que le pudiesse pertenecer. Y auiendo muerto, y sucedido don Francisco, su hijo natural, primer llamado, el qual, a contemplacion del señor don Alonso, y de la señora doña Ynes, su muger, hija de Bernardino de Guzman, que estaua condenado, como fiador, a la paga de los dichos 5U800. ducados, se auino con los susodichos, e hizo la dicha escritura, en que parece, que en quanto a los 3U. y 800. ducados, les haze cesion graciosamente de los 800. y de los 3U. se dà por contento y entregado de otros 80. ducados en ciertos bienes muebles que confiessa auer recebido, sin que cõste de fee de paga, y en 225U. marauedis en la parte de vnas casas, y lo demas restante que se obligaron de pagarle en dineros.

Num. 19.

Lo qual supuesto dize don Christoual, que en quanto los 800. ducados que cedio graciosamente el posseedor del dicho vinculo, no pudo ceder ni prejudicarles con acto voluntario a los successores, vulg. l. peto, §. fratre, ff. de legat. 2. Dom. Molina, de primogen. libr. 5. capit. 9. à num. 10. Dom. D. Ioann. à Castillo, quotidian. libr. 4. capi. 35.

capit. 35. numer. 38. Mieres, 4. part. quæst. 22. à numer. 1.

Num. 20. En quanto a los otros 800. ducados de bienes muebles, trigo, y otras cosas, la confession de recepto del posseedor del mayorazgo, sin fee de paga, no causa liberacion, nisi de veritate solutionis, purissimè, constet, l. 1. §. si mutuam, ff. si quid in fraud. patr. l. contra iuris, §. fin. ff. de pact. l. non abstulit, ibi: *Nec in eo, quod non soluebatur eos liberare potuerit*, C. de nouat, Menoch. cõs. 39. num. 32. Crauet. consi. 494. á num. 14. nam vbicumque, quod non constet de vera solutione, confessio est mere voluntaria, non vero necessaria, si quidem ad id non necessitat vera solutio, ideo non præiudicat, Surd. decisi. 229. á num. 23. Muñoz de Escouar, de rati. capit. 24. ex num. 31. vsque ad numer. 45. y indiuidualmente en caso de posseedor de mayorazgo, Pinel. in l. 1. 3. part. num. 50. limit. 9. ex Tiraquell. de leg. connub. verbo, contracter. gloss. 1. num. 14. & 16. a donde prueua, quod non est standum confessioni illius, qui est prohibitus alienare, quique confitendo præberet causam alienationi.

Num. 21. En quanto a los 225U. mil marauedis de la parte de casas, tiene prouado don Christoual que son inutiles, y que no valen cien ducados, y que no se las entregò, y toda via se las tiene en su poder la señora doña Ynes.

Num. 22. En quanto à la demas cantidad que se obligaron de dar y pagar a don Francisco, no tiene prouado la señora doña Ynes, que se le pagasse, ni por testigos, ni por cartas de pago, ni en otra manera alguna, y assi fue agrauio notorio mandarle adjudicar los 3U. mil ducados, y mucho mayor si se le diessen tambien los 800.

Num. 23. La parte de la señora doña Ynes ha dicho y alegado, que por lo menos pudo disponer don Francisco del quinto, que le perteneccio, como a hijo natural,

natural, y que en esta razon se le han de mandar dar los 800. que caben en el quinto. ¶ A lo qual se allana don Christoual, con que de todo no lleue mas del quinto, que monta mil, ciento y 60. ducados, y que se le den y adjudiquen, y que lo demas restante, que son 4U740. se declaren y adjudiquen por bienes del dicho vinculo: y supuesto que de vna y otra parte estan allanados, no tiene dificultad el reuocar la sentencia de vista, y mandar se haga en esta conformidad, y con la dicha declaracion.

Agrauio nono de la señora doña Ynes.

Num 24.

¶ Cosa juzgada ay sobre este agrauio contra la señora doña Ynes, porque auiendo pedido la parte de don Christoual, que fuesse condenada a que pagasse los frutos y rentos de todo el tiempo que ha desfrutado la hazienda de Fortuna, a razon de a mil ducados cada vn año, y que esto se regulasse, teniendo atencion a que don Francisco Balibrera auia tenido y desfrutado la dicha hazienda por derecho de prenda, tiempo de onze años, desde el año de 1593. hasta el de 1604. y en las quentas que se le tomaron se hallò, que baxados los corridos de los censos, y cargas de la dicha hazienda, quedaron 700. ducados horros en cada vn año, y despues dio sobre todo 500. ducados de reyfaicion, para algunos aprouechamientos, como constaua de vn testimonio que presentò, del qual se haze mencion en el memorial, fol. 21. al fin deste agrauio: y que los años que ha gozado la señora doña Ynes, fueron mas fertiles, y ha valido el trigo en Murcia a mas de a treynta y dos reales cada fanega, y la cebada a mas de veynte, y los demas frutos a muy subidos precios, en

que

que los ha vendido, y esto vino a ser en el pleyto viejo, el agrauio 6. y 14. de don Christoual, sobre lo qual cayò la sentencia de vista y reuista, en que està condenada la señora doña Ynes, a que trayga a particion quinientos ducados en cada vn año por los frutos, del tiempo que ha gozado y posseydo la dicha hazienda.

Num 25. Con lo qual se excluye lo que pretende, que el Doctor SantoEufemia le hizo agrauio en no baxar desta cantidad de frutos, en que fue condenada, las pensiones y corridos de los censos que tiene la dicha hazienda, por auerlos pagado, porque en la computacion que los señores juezes hizieron para moderar los frutos a la dicha cantidad, consideraron las expensas corridos de los censos, y demas cargas de la hazienda, porque los frutos de que hablan las dichas sentencias, vienen a ser los que quedan, deductis expensis, & alijs oneribus, l. fundus, 51. ff. famil. erciscundæ, l. 1. C. de fruct. & lit. expens. *Hoc fructuum nomine continetur* (dixeron los Emperadores) *quod iustis sumptibus deductis super est*. Y justo fue baxar los tributos y pensiones de la hazienda.

Nume. 26. De aqui es, que se ha de entender, que consideraron por frutos los que quedauan, nam verba iudicis debent ad intellectum legum referri, que fue el sumario que puso Bald. in d. l. 1. C. de fruct. & lit. expens. Y para que se deuiera entender que la intencion era de que se baxassen los corridos de los dichos censos, y demas cargas, se auia de exceptuar expressamente por la sentencia, vt est in argument. la l. vsufructu, 52. ff. de vsufruct. & quemadmod. quis vtat. & fruat. adonde el fruto se entiende descargado el tributo de la hazienda, que lo ha de pagar el vsufrutuario, sino es que especialmente se exceptuo que no lo pagasse, sic inquit Modestinus, *Vsufructu relicto, si tributa eius rei præstentur, ea vsufructuarium præstare debere, dubium*

non

non est, nisi specialiter nomine fideicommissi testari placuisse probetur, hec quoque ab herede dari. Y assi se deue mandar reuocar la sentencia de vista, en quanto manda, que de los dichos quinientos ducados de frutos en cada vn año, se le descarguen a la señora doña Ynes, los corridos de los censos de la hazienda q̃ pagô el tiempo que gozó y desfrutô, y que no se saquen por deuda del cuerpo de bienes.

Agrauio primero de don Christoual.

DON Christoual de Guzman pretende por este agrauio, que supuesto que se manda hazer de nueuo quentas, y particion con distincion de los bienes y caudales de marido y muger, q̃ de la parte de doña Ysabel Angel se saquen todos los cẽsos y deudas que impuso y causô despues de la muerte de su marido, y q̃ se reuoq̃, supla y enmiẽ de esta sentencia vltima de vista en q̃ se mãda saque y baje de por mitad vn censo de 200. ducados, la mitad de la parte de doña Ysabel Angel, y la otra mitad de la parte de Iuan de Guzman su hijo, Porque aunque se obligaron ambos de man comun, doña Ysabel fue la principal, y su hijo fiador, en razon de lo qual se debiò cargar todo el censo a la parte de doña Ysabel Angel, nam & si dicatur correus principalis, tamen attenta veritate fideiussor est. glos. verbo fideiussorem, in fin. in authent. de fideius. in princ. col. 1. Ripa, in l. si constante, num. 55 ff. solut. matrim.

Num. 27.

Vno de los daños è inconuenientes que resultaron contra don Christoual, y sus coherederos en auer sin su citacion nombrado al Dotor Santa Eufemia para que hiziesse la dicha particion teniendole recusado, es (salua pace tanti viri, y confessandole por vno de los mejores Relatores que tiene su Magestad) el auerle de querer, como ha

Nume. 28

querido sustentar por buena en su relacion qualquiera accion que aya hecho en las dichas quentas. Bien se echa de ver en este agrauio, sobre el qual, quiere dar a entender que ay sentencias de vista y reuista, y la razon que dà es, dezir, que en la primera particion, los contadores conformes, sacaron del cuerpo de bienes todos los censos, y que el juez lo aprouò, y nadie dixo de agrauios contra ello.

Num. 16.

Siendo asi, que debió aduertir, que aquella primera particion, fue de solo los bienes, y hazienda de doña Ysabel Angel, considerando los todos por suyos, y q̃ esto se reuocó por la sentencia de reuista, y se mandô hazer de nueuo la quenta, y particion de la hazienda de marido y muger, con distincion del capital del marido, y del dote de la muger, y de los bienes comunes y ganançiales de ambos, y que doña Ysabel Angel solo de su parte, pudo hazer mejora de tercio y quinto, y que de los bienes que le tocaron, se an de bajar los censos y deudas causados estando viuda, lo qual es corriente y llano, y que no se puede denegar, porque precissamente, la sentencia de reuista, se ha de entender en terminos habiles debajo desta justificacion.

Agrauio. 2. y. 7. de don Christoual.

Num. 30.

Doña Ysabel Angela de Otazo, cassò en vida a sus tres hijos, y en particular al tiempo que cassò a Bernardino de Guzman el moço, le mandò cinco mil ducados, dellos le diò los quatro mil, en la heredad de la Churra, y en vn huerto, y en los demas bienes que le declaro en su testamento, de que se haze mencion en el memorial, fol. 2. pag. 2. ¶ Y a Gaspar de Guzman, como esta dicho en el quinto agrauio de la señora doña Ynes, se obligò de darle, y pagarle otros cinco

mil

mil ducados, y a titulo desta obligacion y promessa lo casò con doña Blanca de Auiles. ¶ Despues de lo qual, la dicha doña Ysabel en su testaméto, hizo mejora del tercio y quinto de sus bienes por via de vinculo y mayorazgo, en que ha venido a sucededer la señora doña Ynes: y para sacar este tercio y quinto, parece, que el dicho Dotor hizo computo de los dichos bienes que la testadora auia dado, y obligadosse a dar en vida de sus hijos quando los casò.

Num. 31.

De aqui resulta este segundo, y setimo agrauio de don Christoual, pretendiendo que no se an de terciar, ni quintar los dichos bienes que doña Ysabel Angel diò en vida a sus hijos para casarlos. La sentencia de vista, manda, que no se saque tercio, ni quinto de 24U464. reales del valor en que Bernardino de Guzman vendiò a censo la heredad de la Churra y otros bienes: y la parte de don Christoual se agrauia, porque no se manda lo mismo en quanto a todos los cinco mil ducados, por lo menos en quanto a los quatro mil ducados que le prometiò, y diò a Bernardino de Guzman: y en quanto a los otros cinco mil de Gaspar de Guzman, y pretende que se ha de confirmar, en quanto a lo que se manda, cerca de los 24U464. reales, y que cerca de las demas cantidades, se ha de suplir, y enmendar.

Num. 32.

Esta pretension, se funda por la l. 23. y 25. de Toro, que est hodie l. 9. titu. 6. lib. 5. recopil. sic: *El tercio y quinto de mejoria, hecho por el testador, no se saque de las dotes y donaciones propter nupcias, ni delas otras que los hijos, o descendientes traxeron a collacion, o particion.*

Num. 33.

Donacion propter nupcias, es oy en nuestros tiempos (segun los del Reyno) lo que el padre, o la madre dan en vida a su hijo a quenta de su legitima, vt contrahat matrimonium cum tali certa mulieri, vt est videndus, Angulo, de mejoras, in dict. l. 9. glos. 3. à num. 200. cum alijs post Matien. in dict. l. 9. titu. 6. lib. 5. glos. 2. nnme. 1. & 2.

Gutier.

Gutier.pract.libr.1. quæst.65. nume.9. Doctor Morquecho, de diuis.bon.libr.3.cap 3.num.16. & 17.& pro choronide nouissime Dom.D.Ioan. à Castillo quotid. lib.4.cap.16. num.44.& 45.

Nume. 34.

Y en estos terminos para que no se aya de terciar.ni quintar lo que se da a los hijos, en vida a quenta y pago de sus legitimas, de mas de la ley del Reyno, y de los Doctores arriba referidos, lo fundaron Anto.Gomez, in dict.l.25. Taur. donde da la razon fundamental, porque despues que el padre, o la madre dan qualquier cosa al hijo a quenta de su legitima, en que los hijos son acreedores, aun en vida de los padres, lo que ansi les dan, biene a ser paga, y sale del patrimonio de los padres, y se adquiere, y haze propio de los hijos: y ansi despues no pueden disponer dello los padres, idem Antonio Gomez, in l.29. nume.35. in fine, Tello Fernandez, in dict.l.25. num.1. versi. ideo verus intellectus est ratio nostre legis & in fine, ibi: *Quia fuit solutio legitimæ, iure permitente, facta, vetat hæc lex vt ex ea, extrahatur aliquid & hæc est vera ratio nostræ legis.* Y los demas Tauristas, y para alegarlos todos en vno que traxo todas las leyes, y fundamentos que ay, y satisfizo a lo que se pudiera dezir de contrario, videndus est, Aluaro Valasco, de parti.cap.19. desde el numero 6. hasta el numero 162.

Num. 35

Y no obstarà dezir que los cinco mil ducados que doña Ysabel Angel se obligò de dar a quenta de su legitima a Gaspar de Guzman, y quando lo caso en las capitulaciones matrimoniales que dello hizo, no se entregaron, ni pagaron en vida y q̃ ansi fuerõ bienes q̃ quedarõ por su fiy muerte Porq̃ se respõde, q̃ la l.25. de Toro, no solo procede por lo q̃ se da y entrega en vida a quenta de la legitima, sino tambien por aquello que los padres prometen y se obligan de dar, aunque mueran antes de auerlo pagado y entregado, Esta es toda la quæst.61. de Ioan Gutierrez, libr.2. pract.

Y entre

Y entre las razones que trae, que son muchas, es vna, porque ya es aquella deuda precissa de los padres, & hæreditas, vel bona non dicuntur nisi de ducto ære alieno, l. sub signatum, §. bona. Y antes de Gutierrez, lo fundò Velazquez de Auendaño, in dict. l. 25. Tauri, nume. 10. & nouissime Angelo de mejoras, in dict. l. 9. gloss. 2. á nu. 22. cum seqq.

Agrauio 3. de don Christoual.

DON Christoual de Guzman tiene prouado, que Iuã de Guzman su padre, como albacea de doña Ysabel Angel su madre, gasto en el funeral y entierro de la susodicha, quinientos ducados, y que fuerõ muchos los gastos, respeto que desde Murcia se vino a hazer el entierro a la yglesia de su lugar de Fortuna, donde se le diò sepultura, con la pompa, y obstentacion que mereciò persona de su grande calidad, y que truxo la musica de Murcia, y la clerecia, y muchos caualleros, todo á su costa, y que estos quinientos ducados, se han de sacar del quinto por deuda, y que se le an de mandar pagar. En la sentencia de vista se omitiò el determinar sobre este agrauio: y asi suplica se determine sobre el, y se le manden pagar del quinto los dichos 500. ducados. Num. 36.

Agrauio 4. de don Christoual.

DOña Ysabel Angel, legò, y mandò a vna criada suya cien ducados. Estos los tiene pagados don Christoual, y presentado lasto, y carta de pago, con fee de paga, y pide se le mãden pagar del quinto. Y la parte de la señora doña Ynes dize, que esta prescripto este derecho. A que se responde. Lo vno, que despues que murio doña Ysabel, ha auido pleyto de quentas y particion, q̃ es el que esta pendiente. Lo segundo, qne don Num. 37.

Christoual tiene prouado en esta instancia, como siempre la legataria ha pedido estos cien ducados, y que Bernardino de Guzmã y los demas que han litigado en este pleyto la yuan entreteniendo, y dandole palabra de pagarle, y que dexasse se hiziesse la particion (con que se interrumpio qualquiera prescripcion) y que por la reuerēcia y respecto que les deuia, como a sus señores, no les executo, hasta que don Christoual por descargar la conciencia de su padre, que tuuo obligacion de pagar, como albacea, y cumplir el testamento de su madre, se los ha pagado: y asi suplica se le paguen, y hagan buenos en esta particiō, reuocando la sentencia de vista en que tacitamēte se le deniega.

Agrauio sexto de don Christoual.

Num. 38.

TAmbien pretende don Christoual por este agrauio el poner por cuerpo de bienes los frutos de la hazienda, causados despues de la muerte de doña Ysabel, y que dellos se saque el tercio y quinto, y que se ha de rebocar, en quanto a esto la sentencia de vista, y mandar que en la particiō que se hiziere se haga quenta a parte de los frutos, porque puede auer en esto mucho perjuyzio contra los herederos que no estan mejorados, mayormente en la particion presente, que ay diferentes caudales de marido y muger, y que respeto de vnos bienes del caudal, de parte de doña Ysabel, no se puede terciar, ni quintar, y que corre diferencia de razon, respeto de cada heredero, para que vnos lleuē mas, o menos de frutos, porque algunos al tiempo de la muerte de doña Ysabel Angela, tenian recebido parte de bienes a quenta de sus legitimas, y asi la quenta mas cierta y segura para que ninguno reciba agrauio, y se guarde

guarde en ellos la justicia commutatiua, y distributiua, es que cada vno lleue frutos pro rata, de la cantidad de bienes que le tocaren en ser, segun lo fundò y prouò doctamente Pelaez de Mieres, 1. part. quæst. 52. num. 18. sic. *Vnde etiam venit, quod licet fructus augeant hæreditatem, l. non est dubium, C. fa mil. ercisc. cum concordantibus; fructus tamen non sunt computandi ad deducendum ex illis tertium, & quintum; sed pro rata sunt diuidendi, pro quo etiam, l. her iditas, de reg. iur. gloss. in l. 1. versi. veteres, ff. de adquir. posses. cũ cõcordantibus, quæ refero in 4. part. huius operis, quæst. 19. à num. 12. quæ omnia videri meo in practica sunt necessaria, & ad intellectum dictarum leg. 23. & 29. Taur. conducibilia, &c.*

Agrauio Octauo de don Christoual.

POR deuda de la hazienda, tomo possession don Francisco de Valibrera del oficio de Regidor de la ciudad de Murcia, y lo tuuo en su cabeça mucho tiempo, hasta que don Cristoual por pleyto que tuuo muy reñido con don Francisco, sacô, y libertò el dicho oficio por bienes propios de Iuan de Guzman su padre, y le fue necessario compulsar mas de mil y quatrocientas fojas, y venir en seguimiento del a esta Corte, en todo lo qual gasto mas de cien mil marauedis, de que se le mandan pagar 200. ducados por la sentencia de vista, y se agrauia. Lo vno de que no se le mãden dar todos los cien mil marauedis, porque tiene prouado auer gastado aun mucha mas cantidad. Y lo otro de que no se declarasse pertenecerle derecho de retencion en el dicho oficio por la dicha cãtidad, y que se debe declarar, nam pro sumptibus, & litium expensis pro recuperanda re pertinet priuilegium, & ius retentionis in ipsa re, l. quæ omnia, 25. §. item si retentione, cum, l. sequenti, ff. de procurat. & ibi etiam gloss. verbo, retentione, cum gloss. sequenti, l. qui propio, 46. §. litis

Num. 39

Nume. 40.

§.litis impendia,ff.eod.titu.Boher. decis.15.n.3i Estephan.Gracia.tom.4.cap.618.à num,6. maxmè,quia facilius semper datur retentio, quam aliâ quæ vis actio,l.per retentionem,C. de vsur.l. creditor.in princip.ff.qui potior.in pign.hab.

Agrauio nono de don Christoual.

ESTE agrauio es muy considerable en cantidad de siete mil ducados,que montã 14. años de frutos que gozaron la señora doña Ynes y su padre,a razon de quinientos ducados cada año, en que està condenada:y pretende don Christoual,que en las quentas y particion que se han de hazer por contadores,se le han de cargar a la señora doña Ynes. Quando este pleyto se vido en vista,dixo el Dotor Santa Eufemia, que la parte de don Christoual no alegaua cosa con distincion de tiempos por donde se pudisse ajustar su pretension : y assi en esta instancia de reuista lo tiene ajustado con los autos,por dos generos de prouanças, testimonios , y testigos : Y parece q̃ en el memorial se omite lo que de nueuo alega,y prueua,y à la vista en esta instancia se paso por alto,por auerse quedado la Audiencia en este capitulo, y auerse passado adelante, en razon de lo qual,se ajustarà, y referirà aqui todo, que es en esta manera.

Nume. 40.

De 14.años,que pretẽde don Christoual que gozò,y desfrutò Bernardino de Guzman, padre de la señora doña Ynes, los ocho dellos, son desde el año de 1585. hasta el año de 1593.que es quando entrò en la hazienda don Francisco Valibrera,y posseyô hasta el año de 1604.segun cõsta del testimonio de que se haze mencion en el memorial, fol.21.pag.2. in fin. & fol.29.pag 1. circa fin. Y los otros seys años,son desde el año de 604. hasta el año de 1611.porque los años de frutos q̃

Num 42.

el Dotor cargò en las quentas, son solamente trezе años, el de 1612. hasta el de 1625. y se dexó en bacio todos los otros catorze años que faltã, desde el año de 1585. baxados los onze años que desfruto don Francisco Valibrera, y los 13. que se cargan en las quẽtas: como parece por los autos y testimonios del pleyto, y consta tambien por prouanças de testigos que la parte de la señora doña Ynes y su padre, gozaron y desfrutaron por si, y por sus Administradores los dichos frutos de todos los dichos 14 años. De que resulta estar bastantemente conuencida, para que se le manden cargar, a razon de los dichos 500. ducados en cada vn año, en que està condenada.

Agrauio segundo de don Christoual.

Nume. 43.

LA dicha doña Paula pretende, que en la particion se han de poner por mas cuerpo de bienes, todos los muebles que quedaron por muerte de Bernardino de Guzman su visabuelo en cãtidad de mas de dos mil trecientos ducados, los 1Ʋ500. dellos en el mueble y menage de casa. En ambas instancias, y en particular en esta de reuista, tiene muy grande prouãça de testigos, que dizen saber, que Bernardino de Guzman el viejo era muy rico, que dexo tres o quatro heredades, moreralеs, huertos, y huertas, y la tercera parte del lugar de Fortuna, el oficio de Regidor, y otros bienes rayzes, y que oyerõ dezir a sus padres y a otras personas que nombran, que deziã auer visto que tenia muchos y muy luzidos muebles, arreos, colgaduras, esclauos, esclauas, cauallos y menage de casa, porque eran de las casas de mas obstentacion que auia en Murcia, y que doña Ysabel Angel quedò en todos los dichos bienes. Y estos testigos de oydas en la forma dicha en razon que deponen de hecho antiguo en que

no

no pudieron alcançar de vista, prueuan bastantemente, porque el derecho en casso de dificultosa prouança, se contenta con la que puede, vulg. l. si arbiter, ff. de probat. vbi etiam gloss. magistralis.

Num. 44.

Arrimase a esta prouança, la presumpcion que resulta, de que no es verisimil à communiter accidentibus, gloss. fi. in l. neq; natales, C. de probat. que vn cauallero rico, y tāto que el tercio y quinto de los bienes que le dexaron sus padres, montò mas de cinco mil ducados, porque cupo en la villa de Albudeyte, y las casas principales, que llaman de los Descabeçados, y otros bienes, segun parece del testamento que ha presentado la dicha menor, de que se haze mencion en el memorial, fol 33. pag 2. y que tenia los dichos bienes que los testigos refieren, y los que consta de los autos de la particion, y con su casa formada, cō criados y esclauos no dexasse bienes muebles aun en mas cantidad de los dichos mil y quinientos ducados.

Num. 45.

De aqui descendemos a que por qualquiera de vno de tres caminos, tiene derecho la dicha menor, para que se ayan de poner por mas cuerpo de bienes, alomenos los mil y quinientos ducados de los muebles. O porque la dicha prouança es bastante con los dichos adminiculos, o porque en casso que no fuesse tan plena, como lo es, se le ha de diferir en su juramento in suplementum probationis, l. in bonæ fidei, & ibi gloss. fin.

Nume. 46.

C. de reb. cred. aunq̄ estuuieramos in causa magnæ quātitatis, porque ay mas que semi plena prouança. Y tal qual sea le asiste la presumpcion arriba dicha, & tunc etiam in causa magna defertur hoc iuramentum, Craueta, consi. 92. nu. 10. Mascard. vol. 2 consi. 956 num. 32. maxime quia iudicis arbitrio relinquitur quæ causa magna, vel parua dicatur, Menoch de arbitr. lib. 2. casu. 72. Y esto se ha de regular atendiendo a la calidad de las personas, y segun la naturaleza del negocio, y costumbre de la tierra, como lo aduierte la glos.

in

in calce marginis de la dicha l. in bonæ fidei. Y cō siderada la calidad y hazienda de Bernardino de Guzman, y que a quien se ha de diferir el juramē to es persona principal, en este caso no es causa ardua de grande cantidad la de 1U500. ducados. A lo qual se alega, que en razon de auerse queda do la dicha doña Ysabel Angel en todos los bienes muebles, y que es hecho assentado que los gozò, y consumiò, tuuo la susodicha obligacion de hazer inuentario, o por lo menos ya que no lo hiziesse solemne, vna descricion ante escriuano, de todos los bienes en que se quedo, aunque no sea heredera de su marido, nā superstes si maneat in possessione, & administratione bonorum tenetur facere inuentariū, aut saltim descriptio bonorū coram notario, probat ex professo Albar. Valasco, in praxi particion, cap. 8. nume. 29. 30. & 31. quia regulare est quod omnes quocumque modo administrantes bona aliena tantum siue sua, & aliena, teneantur rationem reddere, & inuentarium facere, docent scribentes in l. 1. C. vbi derat, agi oporteat, super gloss. verb. titulo.

Nume. 47.

Agrauio Quinto de doña Paula.

NOtorio es por principios llanos, nacidos de la razon y ley natural, que el juyzio de la particion se introduxo para que (cumplida ante todas cosas la volunad de los testadores, en quanto no excedan, ni sea contra derecho) se guarde toda igualdad entre los coherederos, maxime inter filios l. inter filios, C. famil. ærcisc. ibi: *Pro virilibus portionibus, æquo iure, diuidi oportere, ex plorati iuris est.* l. pænul. in fin. ibi: *Vt in omnibus æqualitas seruetur,* C. commun. diuid. l. lege, 12. tabularum, ibi: *Vnam consonantiam,* de leg. hæred. porque la ley no consiente, ni el Juez, en quanto pudiere ha de consentir en manera alguna que aya desigualdad, l.

Num. 58.

vt liberis, dum dicit: *Æqua lance, pariq; modo prospici possit, hoc etiam æquitatis studio presenti lege credidimus inserendum, vt in diuidẽdis rebus &c.* C. de collat. Y de dar lugar a desygualdad, siguesse, q el juez haze agrauio, y que aurá ocasiõ de quexas y discordias, l. cum oportet, §. si autem res, ibi: *Ne altercationis cuiusdam maxime inter fratres oriatur ocassio*, C. de bon. quæ lib.

Num. 49. De aqui es, que justissimamente se agrauia en el caso presente la dicha menor, de no auer mandados, e ponga por cuerpo de bienes el demas valor que tienen el huerto, que viene a ser en mas cantidad de 500. ducados, y el demas que tiene el moreral de la puerta nueua, que son mas de otros 250. y el demas valor de la heredad de la Churra, que viene a ser en mas cantidad de dos mil ducados, y el demas valor del moreral de la puerta de Origuela, que será otros 80. ducados. Y que la parte de la señora doña Ynes los trayga á collacion con el demas valor que an subido, y consta por las prouanças que la dicha menor tiene fechas en ambas instancias, porque a pedimiẽto de la señora doña Ynes por las sentencias de vista y reuista, le mandan, que don Christoual trayga a la particion el oficio con el demas valor que tiene de presente, sin embargo de que la dicha doña Ysabel Angel lo diò, y entregò en vida a su hijo Iuan de Guzman, abuelo de la menor, y lo tuuo y posseyo por suyo de consentimiento de sus hermanos, desde que murio su padre, y lo casso con el dicho oficio, que lo lleuo por capital suyo a poder de doña Francisca de Velastigui. Y el dicho huerto, morerales, y heredad de la Churra, los dio la dicha doña Ysabel al padre de la señora doña Ynes de la misma manera, y assi no puede auer, ni ay razon de diferencia, y si alguna, es de parte de los herederos de Iuan de Guzmã por auer dispuesto la dicha doña Ysabel Angel que truxesse el oficio a particion en 700. mil marauedis, y que lo demas que valiesse no se le quente.

Con

Con lo qual no puede tener, ni tiene cosa en defensa la parte de la señora doña Ynes, pues està conuencida con lo mismo que pidiò y alegò, y con lo que està juzgado a su pedimiento, en virtud de las alegaciones, que fueron dezir, q̃ aunque los bienes sean dados al hijo en vida, se hã de atender al valor que tienen al tiempo de la particion, l. seruos, ff. famil. ærcisc. ibi: *Tempore diuisionis æstimatos*, Ioan. Garcia de expensis, capit. 4. num. 14. Ioan. Papon. lib. 21. tit. 7. arrest. 1 Azebedo. l. 3. titu. 6. lib. 5. num. 28 Finalmente asi lo tienen determinado los señores de la sala, en el casso presente, entre las mismas partes, a que se a de estar, l. filius, ff. ad leg. Cornel. de falsis, ibi: *Sic enim in veni Senatum censuisse*, Cabedo decis. 212. per totam. — Numer. 50.

Respeto de lo qual, la señora doña Ynes, no puede reprouar para con don Christoual, y sus herederos lo mismo que aprouó en si ex reg. quod quis in eo aprobat, in alio reprobare nõ posse, l. in arenam, C. de inoffi. test. patiatur legẽ, quam ipsa tulerit medirse: pues deue con la misma ley que quiso para si, ex l. 1. & toto tit ff *Quod quisque iuris in alium statuerit ipsum quoque idem vti debere.* — Nume. 51.

La parte de la señora doña Ynes, como no halla que responder a este agrauio, se acoge a dezir, que ay cosa juzgada, pero es contra si, como q̃da dicho y prouado, y en ninguna manera no lo ay, imaginacion dello, quod patet ad oculos, porque quanda se prosiguio la particion que se hizo en Murcia en tiempo de don Christoual, y la señora doña Ynes, y su hermana, se auinieron en que de conformidad se pusiesse el oficio, y el huerto, y heredad, y morales, en el precio que tenian de antes al tiempo de el entrego: demanera que don Christoual consintiô que la heredad se pusiesse en 10U494 reales, y el huerto en 5U500. reales, y el vn moreral en dos mil reales, y el otro moreral en mil y seysciento y cinquenta reales, porq̃ — Num. 52.

la parte de la señora doña Ynes consintiò que el oficio se le contasse a don Christoual en 700 mil marauedis, & sic ad inuicem, consintiò el vno en esto, porque el otro consintiesse en lo otro. Despues la parte de la señora doña Ynes dixo, que lo auia de traer en otros 200. mil marauedis, porq̃ doña Ysabel Angel en su testamento disponia, q̃ el dicho Iuan de Guzman truxesse a particion el oficio, y 200. mil marauedis, el qual dicho oficio y 200. mil marauedis, vayan apreciados en 900. mil marauedis, q̃ lo demas que vale no se le quente. Don Christoual dixo, que no se le auian de cõtar las 200. mil marauedis, porque no constaua q̃ su padre la vuiesse recibido, y que el oficio quando le entrego a su padre, valia solos 300. mil marauedis, y que en esto se lo auian de contar, porq̃ el demas valor que el tiempo le auia dado, era suyo: y vuo auto del inferior, en que mandò, que se le contasse en 700. mil marauedis, y que no se le contassen las 200 mil marauedis; deste apelò dõ Christoual, y dixo de agrauios, y la parte de la señora doña Ynes alegô tambien lo mismo, *y* despues antes de la sentencia de vista, dixo, que en caso que no quisiera el dicho don Christoual passar por el dicho testamento, eligia el dicho oficio y lo ponia en 7U. ducados. la sentẽcia de vista fue que se le adjudique en los 7U. ducados en que lo auia puesto. Y auiendo suplicado don Christoual insistiendo en que solo se le auia de condenar en las dichas 700. mil marauedis en que auia consentido la señora doña Ynes que se pusiesse, entõces dio peticiõ la parte de la señora doña Ynes, diziẽdo, que pedia restitucion contra las alegaciones que ouiesse fecho, consintiendo pusiesse en los dichos 700. mil marauedis, y que don Christoual auia impugnado el testamento, y voluntad de su abuela, y assi no se podia valer, ni aprouechar, y con esto la sentencia de reuista confirma, segun mas largamente consta del memorial, desde la foj. 5 & 6. hasta la foj. 7. in prin.

Demanera

Demanera, que don Christoual no tomò en la boca este agrauio, porque no pidiò, ni alegò; que pues la señora doña Ynes no passaua por el apre- cio de el oficio en las 700. mil marauedis, que se pusiessen el huerto, heredad y morerales, en lo q̃ de presente valian, ni en manera alguna se tratò dello; y por auerlo omitido, entra la dicha menor como interessada, e inmediata successora en los bienes de su abuelo, que los dexò vinculados, y pide que se pongan los dichos bienes en el valor presente, y don Christoual pide lo mismo, de q̃ resulta no auer cosa juzgada que le impida a la di cha menor, ni a su padre. Num 53.

7. y vltimo agrauio de la menor, sobre el oficio de Regidor.

LA materia mayor deste pleyto, solo topa en es- te agrauio, del pende la paz y sosiego de los li- tigantes, y el fin destos pleytos, y de los que ade- lante, se entiēden, a de auer, en virtud de las reser uas, si no se remedia, porque la discordia entre las partes, la causa de las quexas, y querellas que han dado en el Consejo, don Christoual, y su hija, y dexadolas pendientes hasta ver la deter- minacion desta sentencia, y la ocasiō de los pley- tos y controuersias que se espera an de tener, to- do nace deste agrauio. y es cierto, q̃ aunq̃ en los demas fueran vencidos, con mucha perdida don Christoual y su hjia, vuieran dexado el pleyto, y conformadose con qualquier genero de quētas, porque sienten mas que se les quite el oficio q̃ su padre y abuelo les dexò especial y señaladamēte, vinculado, auiendolo tenido y posseydo entre to dos por suyo propio, mas tiēpo de 60. o 70. años, que si se les quitasse toda la demas hazienda. Num. 54.

La justicia de la dicha menor, est luce meridia na clarior, porque luego que muriò Bernardino de Guzman el viejo, que aurà mas de los dichos sesenta Num. 55.

sesenta,o setenta años.Doña Ysabel Angel diô a quẽta de su legitima el dicho oficio a Iuã de Guzman su hijo,abuelo de la dicha menor, y lo tuuo y posseyò por suyo propio. Y despues en confirmació desto,su madre por el testamento con que murio,dixo como le tenia dado el dicho oficio, y dispuso lo siguiente: *Solo quiero que el dicho Iuan de Guzman mi hijo,trayga a particion el Regimiẽto,y 200. mil marauedis que tiene,y ha gozado siempre, el qual dicho Regimiẽto,y dozientos mil marauedis,vayan apreciados en 900.mil marauedis,y lo demas q̃ vale nose le quẽte.* Cõ esta clausula viene a fundar la dicha menor.

Num.66.

¶ Lo primero, que la testadora confessò auerle dado a su hijo el oficio, y que siempre lo tuuo y posseyo,ibi: *Que lo tiene,y ha gozado siempre.* ¶ Lo 2. que por lo menos obrò el darselo, y asignarsele en la specie del lo que vuo de auer a quenta de su legitima la vez que dispuso que lo trayga,quo ad prætium & æstimationem, en las dichas 700. mil maraudis,ibi: *El qual dicho oficio,y 200.mil marauedis vayan apreciados en 900. mil marauedis,* y que la madre pudiesse darle,y asignarle el dicho oficio, ya fuesse por mejora, o a quenta de su legitima,docet Bart in l.suus quoque num. fi.de hæred.inst. Angel in l. 3.gloss.1.num.3. & Tauristæ, l.19. ¶ Lo 3 que doña Ysabel Angel hizo manda,y prelegado al dicho su hijo del aumento y demas valor intrinseco, que el tiempo ledio a el dicho oficio,ibi: *Y lo demas que vale,no se le quente.* Y no se puede dudar que se a alegado, ex textu expresso in l Dignum, decem.19. ibi gloss. verb. imputanda,l.in ratione,30.§.vendens. *Quo pretio testator accipi,dari ve iusit:sed eo deducto,reliquum legatum esse,prosus intelectum est.* Vbi gloss.ibidem verb. amplius,vers.In separatione legati a iusto pretio l.qui fundum.87.in princi.ff. de leg. falcid.Ant. Ayora,1.par.1.3.n.38.a dõde tambien resuelue, que se ha de sacar de la mejora de 3.y 5.que se ouiere fecho. Y la razon es,porque biene a ser legado particular, respeto del de la mejora de 3 y 5.

Numer 57.

Numer 58.

ideo

ideo tanquam particulare præbalet, & aliud generale legatum, ex tenuat, l. cum quæstio, C. de legat.

Auiendo muerto doña Ysabel debaxo de la dicha disposicion, en el año de 1588. a diez meses despues, por el año de 1589. murio el dicho Iuan de Guzman su hijo, y por su codicilo que agora presentò en esta instancia la dicha menor, parece dexò vinculados todos sus bienes, y especial el dicho oficio de Regidor, que le auia dado su madre, y tenia por suyo propio: de lo qual se prueua assimismo, que Iuan de Guzman no impugnò el dicho legado, sino que antes consintio en lo que dispuso la dicha su madre, cerca del dicho oficio, y assi lo grauò y vinculó por bienes suyos propios.

Num. 59.

De aqui procede tambien otro fundamento, que ha mas de quarenta y nueue años que este oficio se tiene y possee por bienes vinculados, a vista y en presencia, y con ciencia y paciencia de los demas coherederos, y en particular consta q̃ Bernardino de Guzman el moço, padre de la señora doña Ynes, que en algunos pleytos, y en especial en el de don Francisco de Valibrera, defendio este oficio por vinculado, y por propio del dicho Iuan de Guzman su hermano, y lo dixo y alegò por peticiones: y por sentencias de vista y reuista se mandò restituyr a los herederos de Iuan de Guzman, segun todo lo susodicho tiene prouado en esta instancia la dicha menor; y para que se declarasse el dicho oficio por bienes del vinculo, bastaua el transcurso de solos quarenta años, con el dicho titulo, Dom. Molin. lib. 2. capit. 6. à num. 51. Velazquez de Auendaño, in l. 41. Tauri, gloss. 6. num. 6.

Num. 60.

La parte de la señora doña Ynes opone de cosa juzgada en su fauor, porque segun queda dicho en el agrauio quinto de la menor, num. 53. que se refiere mas largamente en el memorial, desde la foja quinta, hasta la setima, entre don

Num. 61.

Chris-

Christoual, y la señora doña Ynes, huuo senten cias de vista y reuista, que mandaron se le de y adjudique a la señora doña Ynes, si lo quisiere, el dicho oficio, en aquello que mas dicien por el auiendolo traydo a pregon.

Respuesta a la cosa juzgada.

Num. 62. ¶ Para con la dicha menor no le puede valer a la señora doña Ynes, la excepcion de cosa juzgada, que se excluye y desuanece, duplici ex causa. Lo primero, respeto de la reserua que se le hizo en la misma sentencia de reuista, porque estando hecha la publicacion, y el pleyto concluso, se opuso a el, la dicha Paula, como tercera interessada, e inmediata successora al vinculo y mayorazgo q̃ fundò Iuan de Guzman su abuelo, y pidio el dicho oficio por bienes del dicho mayorazgo, donde lo auia dexado expressamente vinculado su abuelo, de quien era propio, por auerselo dado en vida y en muerte la dicha doña Ysabel Angela, su madre, a quenta de su legitima, y que se le adjudicasse en la particion, conforme lo dispuesto por su visabuela: y por auer cogido el pleyto tan adelante, en la dicha sentencia de reuista solo se le reserua su derecho a la dicha menor, en razõ de todo lo contenido en su oposicion, la qual reserua conseruò a la menor su derecho, como sino huuiesse sentencia; docet Bart. in l. penultim. C. de posit. Petr. Surd. decision. 163 à num. 17. Stephan. Gratian. tom. 5. capit. 867. numer. 32. quia reseruatio est quædam exceptio textus, & gloss. ver. Si pure, in l. item labeo, 22. §. sed si pure, ff. familiæ erciscund. vbi etiam Bald. Petr. Surd. consil. 152. numer. 30. Ioann. Garcia, de nobilitat. gloss. 36. numer. 4. & gloss. 42. numer. 4.

Num. 63. Lo segundo, se responde, quando no huuiera reserua, que vinieramos a dar en la question tã inculcada,

culcada, sobre si la sentencia dada contra el possedor del mayorazgo, dañara al succesor, aun en estos terminos no le podrá obstar a la menor la cosa juzgada con el dicho don Christoual su padre, porque biene a tener de su parte la menor dos limitaciónes de las mejoras, y mas principales, que se traen en esta materia: la vna es en razon de dos generos de omission que tuuo el dicho don Christoual. La primera en no auer presentado la fundacion del dicho mayorago, por donde consta, que Iuan de Guzman, su abuelo, consintio en la disposicion de su madre, y dexò vinculado el dicho oficio de Regidor, que era el fundamento principal, y escritura, con que necessariamente auia de obtener, la qual tiene presentada la menor en esta instancia, y por no auerla presentado en aquel pleyto el dicho su padre, y posseedor, no prejudica, para que aya cosa juzgada contra el dicho vinculo, y sus successores, textus vul. in l. si seruus plurium, §. si quis ante *vel minus plenè defendit causam*, de legat. 1. Dom. Dom. Ioann. á Castillo, quotidian. lib. 5. capit. 157. numer. 26. ex quo textu sic concludit. *Minus enim plenè defendise eum, qui non producit scripturas necessarias; & quas adeo facile produce posset, cum in sua potestate eas haberet, plus quam certum, & compertum est.* Y refiere a Mieres, que tuuo lo mismo, in 4. part. quæst. 14. numer. 79. in illis verbis. *In qua materia est aduertendum; ad vnam earum, & singulare, quod ille, qui non producit scripturas necessarias, &c.* Et inferius: *Quod vidi in practica, in grandi negotio, in quo Marchio pretendebat, non obstare ei rem iudicatam latam contra patrem in lite magne quantitatis, & redditus.* Y el señor don Iuan del Castillo lo reprehende justamente, en quanto dixo ser cosa nueua, y singular, porque es comun sentencia de todos, y se prueua expressamente, ex d. §. si quis ante, prout ibidem asserit Dom. Dom. Ioann. á Castillo.

Segundo genero de omission fue, el no auer el

Num. 64.

el dicho don Christoual prouado como auia mas de quarenta y nueue años que tenia y posseia el dicho oficio por bienes del dicho mayorazgo, y mas de sesenta que lo posseyó su padre por suyo, a vista y en presencia, con ciencia y paciencia de las partes contrarias, que lo han defendido en pleytos que se han ofrecido, segun la que ha hecho la dicha menor, ni aun lo alegò: y en este caso assimismo no prejudica la cosa juzgada, Pinel. in l. 1. 3. part. num. 50. lim. 7. el señor Molina, y Mieres, vbi supra, numer. 67. versic. *Qui non probabit.* Y con otros muchos el señor don Iuan del Castillo, d cap. 157. num. 26.

Num. 65. La segunda excepcion, y limitacion, para que no le impida en manera alguna la cosa juzgada, es, porque las sentencias de vista y reuista se fundaron solo en no querer don Christoual consentir en la disposicion de doña Ysabel Angel, y auer la impugnado en razon de no auer querido passar por el aprecio de las 700U. en que mandò truxesse su hijo el oficio, quoad destimationem: esto es hecho assentado; segun parece del memorial, ex d. fol. 5. vsque ad 7. adonde estan a la letra las alegaciones de las partes, y en particular las que hizo la parte de la señora doña Ynes, que lo dan a entender claramente, in fol. 6. pagin. 2. ibi: *Y vsando de la facultad que el derecho le da, elige el tomar el oficio en siete mil ducados, en caso que no quiera don Christoual passar por el dicho testamento.* Et in fol. 7. pagin. 1. *Y que auiendo el dicho don Christoual impugnado el testamento, y voluntad de su abuela, no se puede aprouechar del, ni lleuar lo que pretende por prelegado.*

Num. 66. Y la impugnacion, ni renunciacion del dicho don Christoual, por ser acto voluntario, ni las sentencias que se fundaron en ello, pueden prejudicar al dicho vinculo, ni a la dicha doña Paula, ni demas llamados, maximé, auiendo el fundador consentido, y passado por ello, y no reclamado ni impugnado, lo qual se ajusta a vna de las

las insignes limitaciones que truxo Arias Pinelo, in d. l. 1. 3 part. numer. 50. limitation. 2. sic inquit: *Limito secundo, ut hæc conclusio non procedat quando sententia lata esset contra aliquem ex renuntiatione, quam fecit, tunc enim ea sententia, non magis obstauit successoribus in feudo, vel maioratu antiquo, quam obstaret ipsa renuntiatio, in qua iudicatum fundatur iusta reg. vulg. causæ limitatæ effectum, limitatum producentis, pro quo facit textus notabilis, in l. 1. si quis sub conditione, ff. ut leg. seu fideicom nom cabeat.* ibi: *Easdem causas, & conditiones in esse: de quo textu alibi plura scribimus, idque probatur ex causa talis sententiæ fundatæ in renuntiatione, non in alio iure litigantis, unde non parit exceptionem rei iudicatæ.*

Num. 67.

Y la razon es, porque acto alguno, que consista en la voluntad del posseedor del mayorazgo, no puede prejudicar en cosa alguna al mayorazgo, ni a los successores, l. peto, §. fratre, versic. *Nec tamen ideo sequentium causa propter superiores in posteram lædi debet*, Pinelo, vbi supra, num 47. versic. *Est enim in proposito constituenda differentia inter actum voluntarium, & necessarium iuditij: primus enim non nocet successori, &c.* Y el señor Molina, libr. 4. capit. 8. numer fin. lo truxo por regla en esta materia, ibi: *Vbicumque enim circa sententiam versabitur dolus, fraus, negligentia, collusio, omissio, vel actus voluntarius subcumbentis, tunc idem ius statuetur, ut est manifestissimum de mente omnium*: & in capit. 9. numer. 10. Dom. Dom. Ioann. à Castillo, dict. cap. 157. numer. 26. Y assi se espera que obtendra la dicha doña Paula: Salua, &c.

L. D. Hermenegildo de Rojas.